

〈특집〉

『서울대학교 法學』 50년의 성과와 전망 : 법사회학 분야

梁 鉉 娥*

I. 도입

서울대학교 『법학』 발간 50주년을 맞이하여 이 글에서는 법사회학 분야 연구들을 고찰하고자 한다. 본래 리뷰 논문을 집필하기 위해서는 그 분야 연구의 동향과 흐름을 섭렵해야 함당할 것인데, 필자에게 그런 준비가 되어 있는지 두려움이 앞선다. 하지만, 법사회학 분야의 선배 학자들의 발견을 배우고 그 고민을 이해하며 질문들과 마주한다는 점에서 자못 설레는 마음으로 이 글을 준비한다. 모든 연구는 당시의 사회상과 관계들 속에서 형성된다는 지식사회학적 견지에서 볼 때, 이 글에서 다루어질 법사회학 연구들은 현재 시점에서 볼 때 그 자체로 소중한 사회학적·역사학적 연구물들이다. 이런 취지에서 이 글은 서울대학교 『법학』 법사회학 분야 연구들에 대한 하나의 학문적 감상이자 감사의 글이 되었으면 한다. 법학 방법론으로서의 법사회학의 메시지와 묘미를 음미하고, 가능하다면 이를 법학과 인접분야에 알릴 수 있기를 바란다.

이 글에서 다룰 법사회학 분야의 논문은 모두 37편인데, 여타 기초법 분야 연구들 중에서 어디까지를 법사회학 연구로 경계를 설정하는가는 그리 쉬운 문제가 아니었다. 아래에서 다룰 것처럼 본 고에서 다룰 연구들 중에는 정통 사회학적 연구방법이나 이론을 채용한 연구들 뿐 아니라 연구대상에 대해 역사적, 철학적, 접근을 취한 연구, 페미니즘이나 자유주의와 같은 지향을 가진 연구, 비교법적 문제의식을 가진 연구들도 포함되어 있다. 법사회학 연구는 여타 기초법 연구들과 중첩될 뿐 아니라, 실정법 분야의 경계도 넘나드는 성격을 가지고 있다고 하겠다. 그런가 하면, 본 리뷰에 포함되지는 않았지만, 다른 기초법 분야나 실정

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

법 분야 연구들에도 ‘법사회학적’ 지향을 가진 연구가 다수 존재하리라 생각한다. 이러한 법사회학의 개방성, 연성(軟性) 특성은 법사회학 분야의 약점이 아니라 강점이자 독특성을 나타낸다고 생각한다. 따라서 본 리뷰에서 다룰 법사회학 연구란 ‘법사회학적’ 연구를 뜻하고, 37편의 법사회학 논문은 『법학』지 법사회학적 연구를 대표하는 일부의 연구들이라 할 수 있다.

이렇게 법사회학 연구는 법(현상)을 사회학 이론과 방법론을 중심으로 분석하되, 여타 사회과학이나 인문학적 연구 나아가 실정법적 연구들에도 개방된 연구라고 일견 파악할 수 있다.¹⁾ 물론, 법과 사회의 역동성에 대한 관심 또는 사회적 맥락 속에서 법현상을 바라보는 시각에서 법사회학 연구를 관통하는 공통점을 찾을 수 있을 것이다.

II. 연구의 분류와 고찰

위에서 언급했듯이, 대상 논문들이 다양한 접근방법과 연구주제를 가지고 있고 또 특정 법체계에 의존하지 않는 기초법 분야이기에, 법사회학적 연구물의 분류 기준은 중요하고도 어려운 일이다. 그 기준에 따라 대상 연구들의 연구 경향, 성과, 의의가 도출될 것이고 분야에 대한 이해가 형성될 것이기 때문이다. 전체 대상 연구를 대별해 볼 때, 연구의 문제의식 내지 연구관심에 따라 연구물을 분류하는 것이 합당하다고 판단하여, 역사적 문제의식, 방법론적 문제의식, 실천적 문제의식, 그리고 기타로 나누었다.

이러한 주제 분류 이외에도 이론 연구, 문서분석, 판례분석, 경험조사 등과 같은 연구방법에 의한 분류도 가능할 것이다. 하지만, 법사회학 분야의 연구들은

1) 오늘날 법사회학은 일반적으로 법사회과학으로 이해되기에, 법학과의 접점은 사회학에 국한되지 않고, 경제학, 인류학, 심리학, 지리학, 복지학, 정책학 등 제사회과학을 아우른다. 하지만 이 글에서 ‘법사회학’이라 함은 주로 ‘사회학적’ 연구전통에 국한함을 밝히둔다. 법사회과학 흐름에 관해서는 다음을 참조할 수 있다[John Monahan & Laurens Walker, *Social Science in Law: Cases and Materials*(6th ed.). Foundation Press; David L. Faigman, *Science in the Law : Social and Behavioral Science Issues*, West Group, 2002; 이국운, “미국 법사회과학의 최근 동향,” 『법과 사회』, 법과사회이론연구회 편, 제16·17호, 1999.

많은 경우 한 연구에 여러 방법들을 사용하고 있어서 연구방법에 의한 분류가 큰 의미를 가지지 못하는 것으로 판단하였다. 이는 기초법적 연구이면서도 경험적인 연구를 지향하는 법사회학의 특성에서 기인하는 것으로 보인다. 앞의 설명에 따라, 주제 분류 역시 명목적일 수밖에 없으며 각 영역 간에는 상호관련성이나 중첩성이 있는 경우가 많았다. 이러한 주제 분류 아래 다시 구체적인 연구주제에 따라 중분류를 한 결과, 그 경향은 <표 1>과 같다. 이하에서는 중분류의 순서에 따라 개별 연구의 내용을 간략하게 소개함으로써 그 흐름을 살펴보고자 한다.

<표 1> 『법학』의 법사회학 연구 분류

대분류	중분류	논문편수	특징
역사적 문제의식	법제도의 사회사	3편	* 법제사와 법사회학의 접점 * 법현상에 대한 사회사적 접근
	법정신의 사회사	3편	
	근대화 및 사회변동	5편	
이론적 문제의식	주요 이론 및 개념	4편	* 본격적인 법사회학적 연구분야 * 법인식 연구가 활발함 * ‘살아있는 법’에 대한 탐구
	한국의 법과 법인식	5편	
	법사회학 방법론	5편	
	사회과학조사 활용	3편	
실천적 문제의식	법조(法曹)개혁	4편	* 법을 통한 현실비판과 변화추구
	과거청산	3편	
기타		2편	.

1. 역사적 문제의식

1) 법제도의 사회사

역사적 문제의식을 가진 법사회학적 연구란 실정법에 국한하지 않은 관습법, 법문화, 법현상을 연구대상으로 하는 법에 대한 ‘사회사(social history) 연구’라고 할 수 있다. 여기에는 아래의 연구들이 포함되며 박병호 교수의 저작이 단연 우세하다.

<표 2> 법제의 사회사 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	우리나라 술서혼속(率嫗婚俗)에 유래하는 친족과 금혼범위·모족, 처족을 중심으로(이하 “술서혼속”으로 표기함) ²⁾	박병호	1962
2	The Role and Function of Yangban in the Development of the Legal Culture in Korea(이하 “Yangban”으로 표기함)	박병호	1983
3	일제하의 가족정책과 관습법 형성과정(이하 “일제하 가족정책”으로 표기함)	박병호	1992

법에 대한 사회사적 연구를 법사회학에 포함시킨다면, “술서혼속(1962)”은 『법학』에서 최초의 법사회학적 연구라고 할 수 있다. “술서혼속”에서는 17,18세기까지 일반적 혼인형태였던 술서혼속과 그것에 유래하는 친족인 모족·처족의 범위와 금혼범위를 검토한 결과, 조선의 법제는 중국의 영향을 강하게 받았으면서도 법제정과 관습에 있어서 고유성을 간직해 왔다는 점을 살펴보고 있다. 이어 “Yangban(1983)”에서는 지난 5세기 동안 조선시대의 양반이 정치와 법에 미쳐온 영향은 막대한 것이어서 양반의 성격과 덕성은 서구의 시민 개념이 도입된 현대 한국에서도 여전히 바람직한 인간의 모델로서 여겨진다는 점에 주목하고 있다. 그러므로 한국의 근대화 과정에서 지식인의 역사적 성격과 역할을 이해하기 위해서는 유교적 관료제의 특성에 대한 역사적 배경을 이해해야만 한다는 점을 강조한다. 이 두 연구는 현대 한국의 법제와 법문화를 이해하는 데 조선시대의 친족과 신분제도라는 역사적 뿌리가 가지는 중요성에 대해 조명하고 있다.

한편, “일제하 가족정책(1992)”은 일제의 침략으로 인해 일제식의 유교적 가족제도가 획일적으로 강제되어 식민 통치를 거치는 동안 일제의 것이 우리 고유의 것으로 오인된 결과 그 잔재를 쉽사리 불식하지 못한 과정을 살펴보고 있다. 일제식 가족정책의 중핵이 일본식 ‘가(家)’ 제도의 이식이었으며, 호주권을 강화한다는 전제에서 관습법, 판례법이 형성되고 선언되었다는 것이다. 이렇게 볼 때, 일제시대 가족법사 연구의 주된 목적은 일제식 가제도정착의 사적 성격규명에 있다. 이 논문은 식민지 법제와 ‘관습’ 문제를 다룬 연구로서 법사회학과 사회사

2) 본 고의 대상 논문은 모두 서울대학교 법학연구소의 『법학』지이므로 서지사항을 생략하고 발행년도 순서로 정리하였다.

학계의 맥락에서도 귀중한 업적이라고 평가한다.

2) 법문화의 사회사

아래와 같은 연구들은 한국의 법문화 내지 법 정신에 대하여 사회사적으로 접근한 연구로 분류할 수 있다. 이 분야 연구에는 단연 최종고 교수의 성과가 두드러진다.

<표 3> 법문화의 사회사 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	한국에서의 서양법의 수용과 변용 (이하 “서양법의 수용”)	최종고	1992
2	Confucianism and Law in Korea (이하 “Confucianism”)	최종고	1996
3	Law and Custom in Korean Society: A Historical and Jurisprudential Approach (이하 “Law and Custom”)	최종고	2006

“서양법의 수용(1992)”은 서양법 수용사의 과정에 대한 서술보다는 수용의 원인과 결과에 대한 법사회학적 연구가 필요하다는 입장을 취한다. 이런 입장에서 본 논문은 기존의 선행 연구에 대해 고찰하고,³⁾ 한국 법문화의 형성과정과 문제점들을 몇 가지 법역(法域)과 시각에서 분석하고 있다. 또한 서양법의 직접수용이나 간접수용이나, 입법수용이나 이론수용이나, 영미법수용이나 대륙법수용이나의 문제 등을 다룬다. 특히 서양법의 Rezeption(수용)이나 Imposition(강제이식)이나의 문제제기가 의미심장하다. 계속해서 “Confucianism(1996)”은 한국에서 유교의 유산에 대한 역사적 고찰(고구려시대, 통일신라, 고려왕조와 조선 왕조 시기)과 법과 의례(rites)의 관계, 정도전의 헌법주의(Constitutionalism) 등에 대해 다루고 있다.⁴⁾ 현대 한국법에서 유교의 영향을 가족법, 형법, 사회법 영역에서 고찰하고 있다.

2006년에 출간된 “Law and Custom”은 위의 문제의식의 연속선상에 있지만

3) 예컨대, Bongduk Chun, “Traditional Korean Legal Attitude, Berkeley,” 1981. (‘The Modernization of Korean Law’ Berkeley 학술회의의 연구서)

4) 경국대전(The Chosun Codex of State Administration)에는 주권의 원천, 왕조명의 의미, 칙령의 형태 등 조선 왕조의 헌법적 기초가 체계적으로 구축돼 있다.

보다 완숙한 연구물이라고 이해한다. “전통이 최고의 법”이라는 법 격언에서 출발하여, 관습에 기초하지 않는 법은 그 불분명성(uncertainty) 때문에 위태롭다고 지적한다. 본론에서는 관습(custom) and 관습법(customary law) 개념을 Savigny, Maine 등 법철학자를 통해 살펴 본 후, 한국의 전통 속에서의 관습법을 다루고 있다. 또한, 근대화와 관습법에 관해서는 일제시기 지속적으로 이루어진 ‘관습조사’ 프로젝트에 대해 살펴보면, 관습조사가 식민지 조선의 법원과 정부에서 관습 판단의 기초가 되었다는 점을 지적한다. 이 글은 현대 한국법에서 관습법(조선시대와 식민지 시대)의 영향이 깊게 남아 있기에 이를 역사적으로 조망할 필요가 있다는 메시지를 남기고 있다.

3) 법을 둘러싼 전통과 근대

앞서 본 연구들이 법사학과의 접점에 서 있는 법사회학적 연구였다면, 법을 둘러싼 전통과 근대성이라는 연구주제는 보다 본격적인 법사회학적 연구를 나타낸다 하겠다. 특히 이 주제에서는 한국사회의 ‘현실적 법’과 합리적 법간의 괴리 내지 지체(遲滯)에 대한 문제의식이 두드러지는데, 이는 1960-70년대 법사회학의 주요 경향이라 보인다. 나아가 근대화론을 둘러싼 이론적·경험적 연구는 당시 사회과학의 큰 흐름을 보여준다고 할 수 있다. 이 분야에는 아래의 연구들이 포함된다.

<표 4> 법을 둘러싼 전통과 근대 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	Law and Directed Social Change in the New Nation - States and the World Public Order (이하 “Law and Directed Social Change”)	Suk Joe Kim	1969
2	A Contribution to General Theory of Law in the Underdeveloped Context(이하 “General Theory”)	Suk Joe Kim	1974
3	법에 있어서의 근대화 - 한국 법사회학의 한 시도 (이하 “법의 근대화”)	최대권	1972
4	농촌의 사회구조와 법 (이하 “농촌의 법”)	최대권	1977
5	도시의 사회구조와 법 (이하 “도시의 법”)	최대권	1978

김석조 교수의 두 논문에는 법과 사회발전(Law and Development)이라는 주제가 관통하고 있다. “Law and Directed Social Change(1969)”에서는 세계적 사회과정(world social process)의 맥락에서 법과 사회변화의 관계를 탐구하고 있다. 저자는 수입 법전의 ‘해석’에 과도하게 집착하는 한국 법학의 경향에 대하여 법과학(legal science)의 필요성을 촉구하고 있다. 다양한 지역 공동체가 출현하는 오늘날 세계적 사회 과정에서 다양한 문화, 전통, 역사의 만개, 상호작용을 통해 발생할 현상들을 전망하고 있다. 후자의 논문은 저개발 사회에서의 법의 위치(기능)에 대한 해석적 스케치라고 할 수 있는 바, 라틴 아메리카를 연구대상으로 하여 사회구조와 법적 질서, 정치와 법, 경제 규제와 법간의 관련성을 고찰한다.

법을 둘러싼 근대화의 문제 연구에서 최대권 교수의 저작은 독보적인 지위를 가지고 있다. 최대권 교수의 “법의 근대화(1972)”에는 “법사회학”이라는 표제를 논문제목에 부쳤다는 점에서 『법학』 최초의 본격적인 법사회학 연구라 할 수 있다. “법의 근대화”는 근대적 속성을 지닌 법 - 보편적이고, 계약, 불법, 범죄와 같은 행위(transaction)와 관련되며, 위계적, 관료적으로 조직되었고, 개인에 무관하고(im-personal), 합리주의에 기초해 있으며, 국가와 긴밀히 관련된 이 한국사회 속에서 실제 운용되는 모습에서 나타나는 법과 사회의 괴리라는 문제를 다룬다. 필자는 특히 사적 영역에서의 미신에의 의존과 공적영역에서의 정실주의를 가족주의의 전통의 계승과 와해라는 원인에 맞닿아 있는 구조적 현상으로 분석하고 있다.⁵⁾ 이러한 사정은 형식적 법제도 표층 밑을 흐르는 전통적 또는 가족주의적 의식구조와 가치관에 기초를 둔 ‘살아있는 법의 작용’을 감지케 한다는 것이다.⁶⁾

“농촌의 법(1977)”은 인류학적 참여관찰을 통해 농촌의 사회규약과 그 구조적 토대를 ‘두텁게’ 묘사하고 분석한 역작(力作)이다.⁷⁾ 이 글에서는 경제관계와 이웃(사회)관계 간의 유기적 관련성(예컨대 전답에 물 대기를 위한 이웃간 양해), 나아가 사회구조와 개인 행위의 통제간의 연관 등을 보여줌으로써 농촌의 법 현상

5) 판사, 검사, 변호사가 직무 수행에 있어 가장 곤란한 경우가 언제이냐의 질문에 대한 가장 많은 수의 대답은 친지, 지기 또는 상관의 청탁이라고 한다. 필자는 외부로부터의 압력이나 부정부패에 대처하는 제도적 보장이 없는 타분야에 있어서의 동일한 곤란은 훨씬 심대하리라는 것을 쉽게 말할 수 있을 것이라고 한다. “법의 근대화,” 113면.

6) 이외에도 최대권 교수는 성문법 자체가 규정하는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서,’ ‘사회상규,’ ‘정당한 사유,’ ‘참작할 만한 사유’ 등을 통해서도 전통적 가족주의적 가치구조와 가치관을 지지·옹호 받을 수 있는 여지가 마련돼 있다고 지적한다.

7) 조사는 1976년 7월 17일에서 22일까지 동년 12월 5일부터 7일까지, 또한 12월 22일부터 31일에 걸쳐 실시되었다.

에 대한 하부구조적 관계를 분석하고 있다. 또한 필자는 수치문화, 계와 두레, 관혼상제, 종교와 조상 등 공동체 규약 내지 문화에 대해서 깊은 관심을 기울이고 있다. 이 논문은 현재의 시점에서 당시의 농촌사회의 사회구조와 법문화를 알려주는 역사적 가치를 지니고 있고, 한국인의 대다수가 전통적으로 농촌사회(시골사람)에서 살았다는 점에서 한국의 ‘법문화’를 이해하는 귀중한 단서가 될 것이다.

다음 해 출간된 “도시의 법”은 “농촌의 법”의 연속물이라 할 수 있다. 이 글에서는 앞서의 “법의 근대화”의 문제의식이 지속되고, 이원주의에 대한 우려를 표명한다. 이원주의란 형식적 법제도에 있어서는 구미사회와 다름 없음에도 대다수 시민들은 전통적 생활양식, 관습과 관행에 얽매어 사는 현상을 뜻한다. 참여관찰적 방법(1960년대 후반과 1970년대 초반의 서울)에 기초한 본 연구는 필자가 보기에 국가공동체에 매몰되어 공동체로서의 실체를 가지지 못하고 있다는 서울의 사회관계를 관찰하고 있다. 서울의 사회적 삶은 여러 측면(가족제도 및 친족관계, 이웃관계, 주택소유태도, 금전관계 등)에서 외형적으로 농촌과 차이가 나지만, 전통적 사회구조가 여전히 지배하고 있으며, 도덕적·규범적 의미의 공동체 태도(civic culture)가 없다는 것이다. 이와 같이 본 연구는 법과 사회의 괴리 현상, 나아가 서양과 한국간의 차이의 문제를 법을 통해 살펴보면서 한국에서의 현실적인 법의 운용과 발전을 고민하고 있다. 이렇게 “농촌의 법”과 마찬가지로 본 논문은 ‘법을 통한 사회 이해’라는 법사회학 연구의 예를 잘 보여주고 있다. 이러한 연구들의 관심은 곧장 법사회학의 방법론적 문제의식과 맞닿아 있다.

2. 방법론적 문제의식

1) 법사회학 이론 혹은 개념

이제 좀더 본격적으로 방법론으로서의 법사회학에 대한 연구관심을 가진 연구를 살펴보기로 한다. 먼저, 법사회학의 지적 전통 속에 놓인 이론 혹은 개념에 관한 연구들을 찾아볼 수 있다.

<표 5> 법사회학의 이론 및 개념 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	Legal Realism에 대한 법학도의 반응 (이하 “Legal Realism”)	전원배	1972
2	“법, 규범 및 무규범에 대한 사회학적 고찰,” (이하 “법, 규범, 무규범”)	한완상	1972
3	“Research on Law and Development.” ((Informal address) 이하 “Law and Development”)	Jerome A. Cohen	1974
4	법감정의 사회과학적 진단 (이하 “법감정”)	Manfred Rehbind	1981

“Legal Realism(1972)”은 전통적 법해석학 즉 개념법학에 대한 비판이자 법해석학의 과학적 재건을 목표로 하는 미국의 법현실주의에 주목한 연구이다. 본 연구는 프랑크(Jerome Frank)나 허치슨(Joseph Hutcheson)과 같은 법현실주의자들과 법현실주의의 등장 배경을 살펴보는 것으로 출발한다. 법현실주의의 등장은 무엇보다 사회생활의 변동 그 자체였다고 하면서, 고전적 자유경제의 변화과정에서 그 원인을 찾는다. 즉, 사법(私法)에서의 사적 자치원칙, 과실책임 원칙 등이 그 타당성을 잃고 사회법의 범영역이 탄생하게 된 배경과 법현실주의는 그 배경을 같이 한다는 것이다. 다른 한편, 본 연구에서는 법현실주의의 한국에의 적용성에 대한 설문조사를 법과대학 4년생 학생들 110명을 대상으로 한 수행했던 바, 가(可)의 응답이 31명, 부(否)가 75명의 결과가 나왔다고 보고한다.

사회학과 법학의 전통적 접점은 범죄사회학 내지 일탈론에서 찾을 수 있다. “법, 규범 및 무규범(1972)”은 사회규범과 법과의 관계, 무규범(아노미)의 개념 등을 통해 사회학의 입장에서 법사회학적 연구를 전개하고 있다. 또한, 하버드 대학의 교수인 Cohen의 “Law and Development(1974)”는 한국의 법문화에서 특징적인 것은 무엇인가. 과거가 현재에 미치는 영향은 어떤 것인가. 한국이 중국의 법체계의 작은 복사판이었다는 것이 사실인가 등에 대해 질문을 제기한다.

스위스 취리히 대학 교수이자 독일 프라이부르흐 대학의 명예교수인 레빈더 교수의 강연 내용에 기초한 “법감정(1981)”에서는 여러 흥미로운 질문들을 다루고 있다. 법률가는 무엇을 위해 감정을 필요로 하는가? 규범 창조와 규범 적용 그리고 규범 착오의 판단에 있어서 법감정은 생득되는가 혹은 획득되는가? 법감

정은 법원(法源)인가?⁸⁾ 법감정은 합리적인가? 법 없는 법감정은 가능한가? 법감정은 공동체감정(Gemeinschaftgefühl)인가? 등이 그것이다. 법감정 개념은 한국 법사회학 연구에서 중심으로 다뤄진 법의식 내지 법문화의 주제와 연결되기에 법감정과 이들 개념을 갈래 잡는 연구에 귀중한 참고가 되리라 생각한다.

2) 한국의 법과 법의식

한국 법사회학 연구에 있어서 법의식 내지 법문화는 면면히 흐르는 연구전통을 가지고 있다고 할 수 있다.⁹⁾ 법의식 주제에 더하여 ‘한국적’ 법현상에 주목하는 연구들을 <표 6>과 같이 포함시켜 살펴본다.

<표 6> 한국의 법과 법의식 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	한국인의 법의식에 관한 사회학적 연구 (이하 “한국인의 법의식”)	임희섭	1972
2	한국사회에 있어서의 법의 기능(이하 “법의 기능”)	강구진	1974
3	Informal Ways versus the Formal Law in Korea (이하 “Informal Ways”)	최대권	1995
4	한국법에 있어서의 법화문제 (이하 “법화문제”)	서원우	1996
5	비교 사회문화적 문맥에서 본 사법적극주의와 사법소극주의 - 하나의 탐색 (이하 “사법적극주의”)	최대권	2005

사회학자 임희섭의 “한국인의 법의식(1972)”은 초창기 한국에서 법의식 실증조

8) Erwin Riezler에 의하면 법감정이란 다음의 세 측면으로 구분된다: 1) 현재 무엇이 법인가에 대한 감정. 2) 법이 무엇이어야 하는가에 대한 감정. 3) 법에 일치하는 것만이 일어나야 한다는 것에 대한 감정. 이 중에서 단지 2)의 의미에서만 법원이라고 할 수 있다.

9) 대표적으로 함병춘 교수의 ‘소송을 피하고 조화를 피하는’ 한국의 유교적 법문화론이 있었고, 이에 대한 양건과 이철우 교수 등에 의한 논쟁이 있었으며, 한국법제연구원의 1994년과 2008년의 조사연구, 한국형사정책연구원의 2000년 조사연구가 있다 [자세한 연구 동향은 황승훈, “한국법의식조사의 연혁과 성과,” 한국법사회학회, 한국법제연구원, 연세대법학연구원 공동 주최 <한국 법의식조사의 연혁과 성과> 학술회의의 2009. 6. 12 발표문 참고].

사를 수행했던 기념비적 연구이다. 저자는 자연법과 도덕적 정의에 기초한 것으로 보는 법을 바라보는 입장(도덕성), 국가권력의 의지로 규정하는 입장(정치성), 공동체의 전통이나 관습에서 찾는 역사주의 입장(적절성)으로 나누면서, 사회학적 관점은 법을 사회규범 혹은 집합표상의 형태로 본다는 점에서 두 번째와 세 번째 전통을 이어 받았다고 진단한다. 본 연구는 1972년 5월, 전국표본, 대학생표본, 법률직 종사자표본의 3개 표본 집단에 대해 수행한 한국인의 법 태도에 대한 체계적 인식조사에 바탕하고 있다.¹⁰⁾ 최종 조사 대상자는 만 18세 이상 남녀 가운데 계통적 무작위추출 방법을 사용하여 모두 2,000명이었고 이 중 1,993명의 응답이 최종 분석되었다. 대학생 표본에는 787명, 법률 종사자 표본에서는 258명이 응답함으로써 총 응답자수가 3,038명인 대규모 연구였다.¹¹⁾

연구 결과, 저자는 한국인의 법의식(법에 대한 태도)을 다음과 같이 요약하고 있다. 먼저, 인지적 측면에서는 법의 도덕성, 정치성이 사회성에 못지않게 중요시 되고 있다는 점과 법의 형법적, 징벌적 측면과 통제기능이 법의 민법적, 계약적 측면이나 사회개혁적 기능보다 더욱 강조되고 있다는 점. 둘째, 정서적 측면에서는 법적 소외감이 상당히 높고 법의 타당성, 공정성에 대한 신뢰도가 매우 낮다는 점. 셋째, 행동적 측면에서는 법의 타당성에 대한 심한 회의로 인해 법사용능력이 비교적 낮은 점이 그것이다. 또한 본 연구에서는 한국인의 법행동의 유형을 분석하였는데, 그것은 범법일시감(legal identification)과 법사용능력(legal competence)의 높고 낮음에 따라, 준수형(observant), 조정형(manipulative), 신민형(subjective), 회피형(avoidance)의 4개로 구분한 것이다. 이러한 모델 구성은 관련 연구들에 귀중한 참고가 되리라 생각한다.

10) 본 조사에서 전국표본은 대도시, 중소도시, 읍·면부로 층화(層化)한 다음, 서울은 대도시 표본지역으로 임의추출 하였고, 중소도시, 읍부, 농촌(면부)의 표본추출대상은 경북과 전북으로 제한하였다. 임희섭 교수는 본 조사에 대해 “교과서적으로 제대로 하고자 했다”고 술회한 바 있다 [한국법사회학회, 한국법제연구원, 연세대법학연구원 공동주최 <한국 법의식조사의 연혁과 성과> 학술회의에서 발언함 (2009. 6. 12 개최)].

11) 필자에게 본 연구에서 특히 흥미로운 점은 설문 문항 내지 문항의 언어의 측면이다. 질문의 내용이 중요한 쟁점을 적절히 포착하고 있고 그 표현이 현실 적합해 보였다. 예컨대 다음과 같은 문항: “선생님이 법을 지키는 것은 무엇보다도 1) 옛날부터 그래왔으니까, 2) 법을 만들고 시행하는 사람들이 애국자니까, 3) 법을 잘 지켜야 사회가 발전하니까, 4) 법은 국민이 뽑은 국회에서 만들어진 것이니까 등인데, 이에 대해 일반 국민의 71.00%가 2)를 선택한 반면, 대학생의 72.46%는 3)에 법조인의 87.98%가 3)을 선택했다. 본 조사는 동년 2월 예비조사(pretest)를 통해 113개의 문항을 확정했다고 한다.

“법의 기능(1974)”도 재미있는 에피소드로 시작되는 흥미로운 연구이다. 필자인 강구진 교수는 군복무관으로 있을 때 한 여군장교가 제한했던 법개정, 즉 여군이 임신하면 자동적으로 제대한 것으로 보도록 하는 군복무 규정에 대한 제안에 관한 이야기로부터 당시의 법의식의 박약을 지적하고 있다.¹²⁾ 필자는 법은 재판의 가치 판단 규범, 행위 규범(통제 기능), 사회집단의 조직을 정하는 기능 등을 수행하는 바, 당시 변호사들이 가진 재판에 대한 신뢰도에서 볼 때, 재판이 법발견이나 법발명의 기능을 제대로 수행하는지 비판적이라고 한다. 이 연구는 이러한 상황에 대한 요인들을 지적하면서도 전근대적 전통을 불식할 것을 주문하는 함병춘 교수의 연구에 대해서도 비판적이다. “법은 자동차가 아니다. 훌륭한 외국의 법만 갖다 놓으면 외제자동차처럼 잘 구르리라고 기대하는 것은 잘못”이라는 것이다. 최대권 교수의 “Informal Ways(1995)”는 사회관계의 인적 유대(personal tie), 전관예우와 같은 한국 사회에서 공식적 법에 영향을 미치는 비공식적 현상에 관해 고찰한다. 부정적 의미에서 ‘살아있는 법’이라는 문제의식이 연속되고 있는 연구라 할 수 있다.

이어 서원우 교수의 “법화문제(1996)”는 여러 각도에서 볼 때 의미심장한 연구이다. 필자는 서구사회에서 논의되는 법화(Verrechtlichung)의 딜레마를 지적하면서, 권리화(權利化), 법화(法化)를 통해 복지국가화가 가져온 병리에 대한 논의를 살펴본다. 예컨대, 하버마스는 ‘법의 농밀화(Verdichtung)’와 ‘법의 확장(Ausdehnung)’을 구분하는데, 전자가 공식적 법적 제재의 영역에서 법적 관계의 밀도가 진하게 되는 것이라고 한다면 후자는 비공식적으로 규제되어 왔던 행위영역(생활세계)에 새로이 법규규제가 개입하는 것이다. 즉, 이러한 구분은 법률의 양적 증대보다는 법률의 개입의 양태에 관한 문제의식을 나타낸다. 그런데, 우리나라와 같이 최근에서야 겨우 근대법의 규제원리가 사회적으로 침투하는 조짐을 보이는 사회에서는 있어야 할 법과 사회간의 관계를 전망하고자 할 때, 서구 학자들의 법화에 대한 비판은 그다지 유용한 지침을 제시해 주지 못할 우려가 있다는 것이다. 기존 논의는 법화의 적극적 측면이나 법주체가 누구나 등의 문제를 다루지 못하고 있기 때문이다. 한국인의 입장에서는, 법규제를 강화함으로써 법

¹²⁾ 이는 형식논리적으로 보면 법의식의 박약일 수 있지만 (여군의 군복무는 허용하면서도 임신은 허용하지 않는), 개인의 법의식 박약이라기보다는 모성보호제도가 부재한 상황에서 군 책임자가 택할 수밖에 없었던 ‘법의 현실’을 보여준다. 이 점에서 규칙 제정의 사회적 제약을 여실히 보여주는 사례라고 할 수 있다.

화를 추진하는 방향이나 법을 규제영역으로부터 배제하여 시장원리나 사회과정에다 맡겨 버리는 비법화 모두가 바람직한 해결방안이 아니기에 ‘제3의 길’을 추구해야 한다고 결론짓는다.

3) 법사회학이라는 방법론

법학 방법론으로서 법사회학의 자리매김은 『법학』지의 법사회학적 연구들에서 중심적인 연구과제였다. 아래 연구들이 이 범주에 포함될 수 있다.

<표 7> 법사회학 방법론 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	법사회학적 법학방법론 - 법발견에 있어서의 법사회학적 접근(이하 “법학방법론”)	최대권	1983
2	법과 정책에 관한 연구 - 시론적 고찰(이하 “법과 정책”)	최송화	1985
3	기초법학의 과제와 방법(이하 “기초법학”)	최종고	1987
4	제정법의 해석(이하 “제정법의 해석”)	최대권	1989
5	사회학적 사고와 법해석의 교감을 위해 (이하 “사회학적 사고”)	양현아	2006

“법학방법론(1983)”에서 법사회학이란 그 인식 대상을 실정법에 한정하지 않으며, 그 방법론은 사회적 사실의 인식에 동원되는 사회과학의 모든 방법론이 동원될 수 있는 연구로 접근한다. 이 글은 법발견의 문제를 중심으로 하여, 당위 현상으로서의 법규범을 주로 사실로서의 법규범을 대상으로 하는 법사회학의 인식의 대상으로 할 수 있느냐, 법학(주로 입법자나 사법관에게)에 대하여 법사회학이 어떤 기여를 할 수 있느냐, 법사회학의 법학에의 기여에는 법학으로서 한계가 있지 않은가 등의 질문을 다루고 있다. 본 논문은 한국에서 법사회학을 하나의 법학방법론으로서 자리매김하기 위한 연구로서 기억해야 할 것으로 보인다. 다른 한편, 재판 규범으로서의 법의 개념에 대한 비판적 성찰은 “법과 정책(1985)”에서도 이어진다. 필자인 최송화 교수는 법학이 이제껏 재판을 전제로 하는 해석론을 중심으로 발전해 왔기에 사법준거적인 법학의 성격을 갖지만, 오늘날 행정국가적 상황 하에서는 그러한 성격이 한계에 직면해 있다고 진단한다. 대규모의 행

정적 수요에 더 큰 의미가 부여되어야 할 법적 쟁점이 사법적 분쟁의 경우만을 예상한 해결방법을 금과옥조로 삼게 된다는 것 자체가 정태적이고 권리·의무확정적인 해석론이 거의 대부분을 차지한다는 것이 실제적 법적 문제 해결에 얼마나 합당한지 의문을 제기하는 것이다. 이렇게 이 글은 사법준거로서의 법학에서 정책학으로서의 법학으로서의 관심의 확대를 촉구하는 바, 정책적 관점을 가진 법학에 있어 법사회학적 접근은 필수적이라 사료된다. “기초법학(1987)”에서는 법학 교육에 있어 기초법학이 가지는 중요성과 기초법학의 주요 내용을 다룬다. 법철학, 법사학에 더하여 규범학이자 사실학인 법학에 있어서 법의 사회학적 연구는 법해석학을 밑받침해주는 연구라고 필자는 강조한다. 이외에도 법인류학, 법심리학, 범경제학, 범정책학과 같은 사회과학적 법학의 중요성을 주목하면서 대학에서의 기초법학교육을 강화할 것을 제안한다.

최대권 교수의 “제정법의 해석(1989)”은 법사회학 방법론의 연구에서 또 하나의 주목되는 연구이다. 전통적으로 제정법의 해석방법에는 문리해석, 목적해석, 논리해석 등의 원칙이 있는데, 제정법의 의미를 받아들이게 하는 힘은 그것이 ‘정당하다는’ 데 있지 어느 해석원칙을 따랐기 때문인 것은 아니라고 한다. 대표적으로 제정법의 해석 방법이란 ‘입법의사(legislative intent)’를 밝히는 일이지만, 예컨대 ‘가정의례에 관한 법률 제5조 제1항과 제12조에 대한 해석을 기반으로 하는 사건의 판결문에 나타나는 것처럼,¹³⁾ “법률의 제정 목적과 관계 규정을 종합하여 보면”과 같이 막연한 표현으로는 그 해석이 정당화되기 어렵다고 지적한다. 제정법의 해석에서 해당 입법의 의사를 합리적으로 밝히는 과정을 통해 바로 법의 현실적 적용이라는 목적이 달성될 수 있다. 이런 견지에서 법원에서의 법의 해석이란 법의 창조 과정이자 법의 발견과정이며 그렇게 되어야 한다. 이렇게 다양하고 살아있는 현상을 토대로 하는 제정법의 해석에서 법사회학이란 빼놓을 수 없는 방법이자 시각이 될 것이다.

양현아의 “사회학적 사고(2006)”는 법학과 사회과학(특히 사회학)간의 점점 중 다음과 같은 세 연결고리에 대해 논의한다. 그것은 사실확정, 언어체계로서의 법, 사회구조와 인간행위 문제이다. 사회과학의 경험주의 연구방법은 법적 사건의 사실 확정에 큰 기여를 할 수 있다. 하지만 사회학은 사실 학문이자 규범적 학문이

13) 일반 수용자가 아닌 장의사업자에게 장의기구 및 물품을 제조하여 공급·판매하는 행위에 대하여 당국의 허가가 필요한지 여부를 가려서 이러한 행위를 한 장의사업자에게 가정의례에 관한 법률에 의거하여 벌칙을 선언할 수 있는지에 관한 사건.

기도 하다. 특히 1970년대 이후 등장한 언어 패러다임으로서의 사회학에 따르면, 사회적 인식은 언제나 언어로 매개되기에 이미 규범과 이데올로기에 침유되어 있다. 다른 한편, 인간의 행위는 사회구조와 불가분의 관계에 있기에 인간의 행위는 사회 구조 속에서의 해석 맥락을 가진다. 그럼에도, 인간 행위에 대한 법의 관심은 오로지 개인 의지의 발현으로만 그 의미가 축소되는 경향 등에 대해 문제를 제기한다. 요컨대 사실의 해석이 정당성과 진실을 확보하기 위해서는 사회 구조라는 행위 맥락에 대한 사회과학적 인식이 필요하다는 것이다. 여기서 필자는 ‘정치적 판단’과 ‘정책적 판단’, 그리고 ‘사회과학적 판단’ 간을 구분해야 한다고 강조한다.

4) 사회과학 조사와 사법적 판단

최근으로 올수록 사회과학의 법학에의 적용성에 있어 경험주의 조사연구에 초점을 맞추는 연구들이 많아지는데, 아래와 같은 연구들이 이러한 범주로 분류될 수 있다.

<표 8> 사회과학 조사와 사법적 판단연구

연번	제목	필자	발행년도
1	법적 결정과 법사회학: 과외금지조치 위헌결정을 중심으로(이하 “과외금지위헌결정”)	최대권	2000
2	Judicial Interpretation and Social Science in the U.S. (“Judicial Interpretation”)	Martin Shapiro	2000
3	실증주의 방법론과 여성주의 법학(“실증주의와 여성주의”)	양현아	2005

“과외금지위헌결정(2000)”은 2000. 4. 27에 내려진 과외금지조치 위헌결정(98헌가16, 98헌마429)에서 사회과학적 접근이 헌법적 판단이나 결정에 얼마나 유용하며 필요한 것인가를 보여주는 연구이다. 필자는 과외금지조치의 위헌 여부는 사회 전체적 문맥을 떠난 헌법조문들의 형식논리적인 작업으로는, 그것도 위헌법률심사제청자나 헌법소원제청자가 거론하는 헌법조문들을 중심으로 판단하는 형식논리적 작업으로는 문제를 보는 시야가 대단히 협소해 진다고 비판한다. 사회과학은 사실관계의 인식, 법해석학(과외금지조치의 정책목표 해석, 헌법상 비례의

원칙)에 기여하고, 감정증언 및 감정증거의 절차에서 활용되는 등 법절차의 ‘모든 단계’에서 유용한 방법이라는 것을 강조하고 있다.

Shapiro의 “Judicial Interpretation(2000)”은 법에 대한 형식적 접근과 구분되는 목적적 해석(purposive and teleological interpretation)에 있어서 입법 의사를 밝히는 작용과 함께 정책 혹은 사회적 효용(social utility)에 대한 관심을 두는 접근에 대해 주목한다. 만약 판사가 해당 법률이 입법목적인 실제 세계의 변화를 이끌어내는 데 어떠한 [법의] 해석이 가장 적합한가와 같은 질문을 제기한다면, 사회과학의 방법과 결과들이 매우 적합하다는 것이다. 그것이 사형제도이든, 선거구 확정을 위한 법률이든, 교육 문제이든 간에 그 증거로서 정치학, 통계, 심리, 사회학 관련 자료들이 제출되고 있다. 판사들은 이제 물리, 생물 과학 증거도 필요하다면 받아들이지 않을 수 없게 되었다.

“실증주의와 여성주의(2005)”는 사회과학의 실증주의 연구와 여성주의 법학이 가지는 관계를 다룬 글로서 미국과 한국에서 젠더와 관련하여 제기된 노동사건(주로 진정직업자격 판단과 성희롱)에서 실증주의 조사연구의 의의를 살펴본다. 예컨대, 여성의 체력, 신장, 공포증 등 외재적 사실(external fact)이 다투어질 때 실증주의 조사는 기존의 성별 통념을 파기하는데 기여하였고, 고객의 선호, 남성의 성욕 유발과 같은 주관적 사실(subjective fact)에 대해서는 실증주의 조사만으로 판단하기 어렵다는 것을 찾아볼 수 있다. 이렇게 실증주의 조사는 성통념을 파기해야 할 여성주의의 견지에서 필수불가결하면서도 실증주의로는 다 해소되지 않는 규범적 판단의 영역이 늘 남게 된다. 결국 법적 판단에 있어서 규범적 판단과 사실적 판단간의 대화는 영구히 계속될 것이다.

3. 사회변화의 실천적 문제의식

법사회학 연구분야를 특징짓는 또 다른 문제의식은 사회변동에 대한 실천적 관심이다. 『법학』에서는 사법(부) 개혁과 과거 공권력에 의한 불법행위에 관한 과거청산 주제로 이 분야를 나눌 수 있다. 전자의 분야에선 최대권 교수의, 후자에서는 한인섭 교수의 기여가 매우 크다.

1) 사법 개혁

<표 9> 사법개혁 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	사법권의 독립 - 법사회학적 접근(이하 “사법권의 독립”)	최대권	1991
2	법조비리 - 문제와 대안(“법조비리”)	한인섭	1998
3	선한 사회의 조건: 법치주의를 위한 담론(“선한 사회”)	최대권	1999
4	비교 사회문화적 문맥에서 본 사법적극주의와 사법소극주의 - 하나의 탐색(“사법적극주의”)	최대권	2005

최대권 교수의 “사법권의 독립(1991)”에서 사법권 독립이란 “법에의 종속과 외부세력이나 압력으로부터의 독립”을 뜻한다. “사법권의 정당성은 법관의 국민에 의한 선거와 같은 민주주의 방식에 의해 부여되는 것이 아니고 전문적인 독립적 결정(법발견)에 대한 시민의 신뢰로부터 도출되는 것”이라고 한다. 그런데, “서양의 근대법은 그 주변과 영향을 주고 받지만 결코 절연된 것도 그렇다고 용해되어 버린 것도 아니면서 독자의 윤리에 따라 움직이는 특징이 부여”되었으나, 한국에서는 법이 그 주위로부터 충분히 분화(分化)되지 못했다고 진단한다. 사회학적 견지에서 보면, 사법권의 독립이란 권력분할 및 불평부당의 원칙의 문제를 포섭하는 것이지만 더 근본적인 문제는 정치적 결단이나 정책적 결정과 구분되는 ‘합리적 근거’에 바탕을 둔 법의 발견이나 천명의 문제라는 것이다.

한인섭 교수의 “법조비리(1998)”는 강도 높게 법조비리의 실태를 비판하고 있다. 법관 출신 변호사의 전관예우, 형사사건 브로커와 브로커화(법원, 검찰, 경찰 주변 인사들의), 향응제공, 실비 관행 등을 구체적으로 추적한다. 이러한 현실의 원인에는 법조사회가 정의주의(情誼主義) 법문화를 벗어나지 못하는 점, 전사회가 연줄망으로 연결되어 있는 점, 법원이 외부로부터의 감시 사각지대라는 점, 법관의 비위에 대해서 감사원의 감찰로부터도 면제되어 있다는 점 등을 지적한다. 법관과 검사의 비위는 기껏해야 ‘옷을 벗는 것’에 그칠 뿐 형사소추 되거나 파면된 경우가 극히 드물다는 것이다. 이에 대해 필자는 여러 대책을 제시하고 있다. “선한 사회(1999)”에서도 법을 통한 선(善)의 달성이라는 실천적 문제의식이 관통하고 있다. 부정부패가 만연해 있고 모든 사람이 그 연결고리에 있고 동조하는

분위기에 있다면, 선한 자가 오히려 배척당하게 될 것이라는 점에서 선이란 사회적 현상이다. 예컨대 “법 (주로 형법, 억압적 법률) 없이 살 사람”이면서 훌륭한 이웃이 될 수 있는 사회규범이 한국에서 필요하다. 이 점에서 최근의 유교부활론은 우리사회의 국가론이나 법치주의와 관련성을 가져야 할 것이라고 지적한다. “사법적극주의(2005)”에서 필자는 한국의 위헌법률심사를 사법적극주의로, 일본의 그것을 사법소극주의로 특징짓는다. 한국의 헌법재판소는 이제까지(2004년 12월 31일) 10,772사건을 다루면서, 263건의 위헌 결정, 79건의 헌법 불합치 결정 등 모두 635 사건에서 문제의 입법에 대한 전체적·부분적인 위헌결정을 내렸다. 반면, 일본은 겨우 5~6개의 위헌판결이 있었을 뿐이다. 이 논문은 한국과 일본간의 차이를 만드는 요인을 사법부 내적인 요소와 사회적인 요소로 지적한다. 일본은 사회적 조화(和)의 문화, 내각에 의한 판사 및 대법관 임명제도에 대비되는 한국의 정치적 변동상, 특히 집단 동태현상(group dynamism)이 차이를 만들어내는 주요 요인이라고 진단한다. 이러한 비교법사회학적 연구는 법의 구체적 적용과 효과를 분석하는데 있어서 주요한 접근법이라 평가한다.

2) 과거청산

<표 10> 과거청산 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	거창양민학살사건의 법적 해결 - 관련법의 개정방안을 중심으로(이하 “거창사건”)	한인섭	2001
2	국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 - 5·18 민주화운동의 법적 해결을 중심으로(이하 “국가폭력”)	한인섭	2002
3	“회한과 오욕”의 역사를 바로 잡으려면 (이하 “회한과 오욕”)	한인섭	2005

거창사건이란 1951년 2월 9일부터 11일까지 사흘 동안 경상남도 거창군 신원면 일원에서 육군 제11사단 소속 병력이 공비토벌의 명분 하에 무고한 양민을 719명이나 집단학살하고 가족과 재산을 파괴했던 사건을 뜻한다. “거창사건(2001)”에서는 거창사건의 법적 해결을 위한 기본 원칙을 점검하고 현행법의 불비를 보완하고 회복적 정의에 부합하는 거창사건의 해결방안을 구체적으로 제시

하고 있다. 과거청산 연구에서 광주항쟁은 빠질 수 없는 주제이다. “국가폭력(2002)”에서는 5.18 광주 민주화 운동에 대한 법을 통한 피해 회복 문제를 상제하고도 포괄적으로 다루고 있다. 먼저 5.18 시민항쟁과 대량학살에서 두 전직 대통령은 형사 소추했던 재판에 이르는 과정을 조망하는데 5.18 재판은 한국의 (혹은 세기의) 공권력에 의해 자행된 중대한 인권유린 사건에 대한 전범을 보여주며,¹⁴⁾ 이를 통해 과거청산의 기본원칙을 수립했다고 한다.¹⁵⁾ 이 논문은 공권력의 인권침해에 대한 법적 해결에 관련된 분야에 있어 하나의 시금석이 될 성과물이라고 평가한다. 특히 5.18 재판에 대한 방대한 기록에 대한 압축된 분석이 도움이 된다.

계속해서, “회한과 오욕(2005)”에서는 사법부(司法府)의 과거청산이 왜 필요한가. 어떤 범위 내에서 과거청산을 해야 할까를 묻고 있다. 여기서 필자인 한인섭 교수는 “지난날 판결문을 재활용하지 않고 먼지만 쌓이도록 놓아두어도 그 판결문의 법적 효과는 가동되어 왔음을 잊어서는 안 된다. 판결은 하나의 문장, 하나의 문건이 아니다, 그것은 하나의 강제적 집행력이다”라고 쓰고 있다. 이 글은 한국 근대사에 있어서의 사법부와 정치권력의 관계를 조감하면서 1971년 제1차 사법민주화(파동), 1972년 ‘국가배상법’의 군인특례 조항에 대한 위헌판결을 내렸던 대법원 판사 전원과 법관 50 여명을 탈락시켰던 사건, 1987년 대통령 직선제 개헌과 함께 온 민주화 운동에 따른 사법부의 새로운 물결에 대해서 서술한다. 하지만 1972년부터 1987년 기간 동안의 “국민의 기본권은 법원이 아니라 국민 자신의 희생과 노력으로 쟁취했던 것”으로 날카롭게 지적한다. 이상에 기초하여 필자는 사법부 과거청산의 법적 과제를 제시하고 있다.

14) 다음과 같은 문제에 대한 법 논리를 구성하는데 도움이 되었다 :1. 성공한 쿠데타를 처벌할 수 있는가. 2. 5.18 재판은 소급효 금지의 원칙에 저촉되어 위헌인가. 3. 광주 학살의 형사책임을 누구에게 물을 것인가, 특히 개인책임(일반사범)의 문제.

15) 과거청산의 기본 원칙에는 1. 진상규명, 2. 책임자 처벌, 3. 피해 배상, 4. 명예 회복, 5. 정신 계승과 기념사업 등이 포함된다.

4. 기타

<표 11> 기타 연구

연번	제목	필자	발행년도
1	J.S.Mill의 사회개혁론(이하 J.S. Mill)”	박세일	1991
2	지구화와 법이론(이하 “지구화”)	박은정	2007

“J.S. Mill(1991)”은 밀의 사회개혁론을 다룬 논문이며, “지구화(2007)”는 지구화(globalization) 시대를 맞아 요청되는 법이론 혹은 법문화에 대한 성찰로서, 후자의 논문은 본 리뷰 논문의 마지막 분석대상이 되기에 적절할 것으로 보인다. “지구화”는 국가법, 국제법, 비교법을 넘어 지구법을 가능하게 하는 법철학적 기초는 무엇인가라는 질문을 제기하고 있다. 박은정 교수는 이에 대해 지구화는 법형식주의를 완화시킬 가능성이 클 것으로 진단하고, 법의 통일화와 동시에 다원화 경향을 예상한다. 법치주의를 탄생시킨 ‘근대의’ 정치적 상상력이 국가의 울타리 안에서 머물렀다면, 법은 서구 근대화 과정이 가져온 사회의 합리적 양식에 속할 것이다. 이렇게 보면, 근대법이란 국민국가들간의 주권적 권력의 대칭을 바탕으로 한 정치적 기획이라고 하겠다. 하지만, 지구화 시대의 법의 지배는 기존의 국가주의 혹은 국가주권주의에 대한 도전이라고 한다. 환경, 국제범죄, 거래의 국제적 증대에 따른 중재기구의 강세 등 비국가법, 비정형적 범주의 법이 등장하고 있으며, 상이한 법문화 속에서의 법률용어들을 개념적으로 명확히 하고 법문화의 비교를 가능케 하는 메타언어의 개발이 필요하다. 이 글은 전통, 가치, 문화, 사회관행에 따라 국가의 주권적 관할 등의 관점에서 개념화되던 법의 문제에 대해 근원적인 물음을 던지고 있다.

III. 결론

이상과 같이 서울대학교 『법학』의 법사회학적 연구들의 경향과 내용을 살펴본 바, 이제 이상의 고찰을 통해 본 발견점과 의의, 한계 그리고 연구문제를 정리해 보고자 한다.

1. 발견과 의의

법사회학적 연구들은 다양한 주제에 대하여 여러 접근방식을 가진 것으로 나타난다. 이러한 다양성 내지 이질성에도 불구하고 법사회학을 법사회학이게 하는 핵심에는 ‘법현상을 사회적 맥락에 위치지우는 해석,’ 환언하면, ‘법현상을 사회현상으로 보게 만드는 해석’이 놓여 있다고 하겠다. 결국 사회를 통한 법의 이해, 법을 통한 사회의 이해라는 법과 사회의 대화상태에 그 공통성이 있다. 좀더 구체적으로 대상연구들에서 나타나는 발견점과 그 의의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 『법학』의 법사회학적 연구들에서는 법사회학을 법학 방법론으로 정초하기 위한 노력이 두드러진다. 이러한 노력은 특히 최대권 교수의 “법학방법론” “농촌의 법” “실정법의 해석” 연구 등에 잘 드러나는 바, 법체계의 사회에 대한 개방 내지 사회과학에 대한 개방과 교류의 필요성을 설파하고 있다. 법사회학이 관습, 관습법, 법문화와 같이 실정법 외의 분야 뿐 아니라, 입법, 사법, 행정(정책)과 같이 법의 모든 분야에 걸쳐서 요청되는 법학 방법이라는 점을 규명하고자 한 노력은 특히 초창기 법사회학 분야의 주요 목적이자 기여라고 보인다. 법을 통한 사회사의 조명 혹은 사회사를 통한 법의 이해라는 면에서 박병호, 최종고 교수들의 연구도 사회학 방법론의 정초에 기여하고 있다.

둘째, 관련하여, 법사회학 연구들에 나타나는 시대적 변화상도 주목된다. 앞서 보았듯이, 70년대 연구들은 대체로 법의 근대화 내지 전통과 근대의 부조화라는 데 주관심을 가지고 있었다면, 이후 연구들에서는 근대화를 둘러싼 문제의식이 약해졌다고 보인다. 최종고 교수의 연구에서 두드러지듯이, 90년대 이후에는 적극적 의미에서 한국 고유의 법문화를 특징짓고자 하는 연구가 부상했고, 사회과학의 경험적 조사가 사법적 판단에서 가지는 유용성에 대한 연구가 증가하였다. 그런가 하면, 민주화 이후의 학계의 상황을 반영하는 듯 ‘과거청산’ 연구들이 주로 2000년대에 등장한 점도 주목된다.

셋째, 법사회학 연구의 의의 중 하나는 제정법을 중심으로 해 온 법학의 법개념을 개방하고 다변화시킨다는 점에 있다고 보인다. 법사회학에서는 법이란 무엇인가라는 질문 대신, 법현상이란 어디까지인가, 합법성(legality)은 누가 어떻게 결정하나, 법제정과 해석을 둘러싼 정치경제적 구조는 무엇인가 등의 질문을 다

를 수 있기에 그러하다. 예컨대 최대권 교수의 “농촌의 법”에서 ‘법’이란 넓은 의미의 공동체 통제(community control)를 의미하는 바, 마을의 폭행, 도박은 대부분 이웃끼리의 조정과 화해로 종결되는데 이러한 마을 통제가 실질적 힘을 발휘하는 것은 농촌의 문화 뿐 아니라 경제구조(하부구조)에 의해서 밀받침되고 있다는 점을 분석하고 있다. 이렇게 ‘법현상’의 경계를 개방하여 복합적인 사회현상으로서 접근하게 한다는 점은 빼놓을 수 없는 법사회학 연구의 의의인 것이다.

넷째, 관련하여, 국가법의 토대이자 그 이전의 모습인 ‘살아있는 법(living law)’의 발견이라는 문제도 중요한 의미를 지닌다. 살아있는 법의 발견이라는 과정은 법과 사회의 괴리, 근대법과 전통 사회관계(혹은 문화)와의 괴리라는 거시적 차원에서도 중요하지만, 실정법의 해석에 있어서 합리적 법발견이라는 미시적 차원에서도 그러하다. 이렇게 볼 때, 법사회학 연구란 ‘살아있는 법’을 발견하고 그 이론적·역사적 의미를 해석하고자 하는 연구라고도 일견 파악할 수 있다.¹⁶⁾ 그것은 한편으로는 비합리적이고 1차 관계 중심적인 한국사회에 대한 비판론으로 이어지며, 다른 한편으로는 서구 추구적인 법철학과 법원리에 대한 거리두기로도 나타난다.

다섯째, 법사회학 연구들에서 법이라는 수단을 통한 사회변화와 정의구현의 의지가 돋보인다. 이 글에서 살펴본 것처럼 사법부의 개혁에 대해서는 주로 최대권 교수가, 공권력의 인권탄압 등 과거청산에 관해서는 주로 한인섭 교수가 여러 연구 업적을 냈다. 특히 5.18 광주항쟁, 사법부의 과거청산과 같은 주제에 대한 저자의 치열함은 현실학문으로서의 법학의 빛을 잃지 않게 하는 귀중한 본보기라고 평가한다. 현실개입이나 자기비판은 사회를 향해 열려 있는 법사회학적 연구의 소명 중 하나라고 생각된다.

16) 이렇게 ‘살아있는 법’의 의미는 다의적이다. 그것은 실정법에 국한하지 않는 현실적으로 적용되는 규칙이라는 의미도 있고, 사법적 절차에서 실제로 법이 운용되는 모습을 의미하기도 하며, 서양과는 다른 법역사적 배경을 가진 비서구국가에서 법의식 문제나 관습법 등 체계화되지 않은 코드에 대한 문제제기를 위해서 쓰이기도 한다. 또한 하나의 국가 안에서도 지역이나 계급이나 성별, 인종에 따른 살아있는 법의 차이라는 주제도 가능할 것이다. 앞으로 이러한 개념들을 분류하는 분석적 연구가 필요할 것으로 생각한다.

여섯째, 법사회학 연구의 의의 중에 학문 분야간 교류의 매개체가 된다는 점도 빼놓을 없을 것이다. 이 글에서 보았듯이, 법사회학 연구를 통해 기초법학간 (법사회학자, 법사학자, 법철학자 등)의 대화가 이루어졌고, 행정법적 혹은 형법적 문제가 다루어졌다. 더 나아가, 법사회학적 연구에는 사회학자, 정치학자 등 사회과학자들의 연구도 포함되기에 학제간 교류와 대화의 장이라 할 수 있다. 이렇듯, 법사회학적 연구는 통섭적 학문 성격을 지닌 것이 아닌가 한다.

2. 한계

이상과 같은 발견점과 의의에도 불구하고 그 한계점을 지적해 보면 다음과 같다.

첫째, 『법학』에 있어 법사회학 연구는 그 논문수가 여타 기초법 분야에 비해서도 상당히 적다. 실정법 분야의 평균적 논문수와 비교해 보면 그 논문수가 더욱 적다는 것을 알 수 있다. 연구몰이 많지 않기에 논문들을 통해 방법론적 다양성이나 주제의 조밀함, 풍부한 피드백을 얻어내기 어려운 객관적인 어려움이 존재한다. 이는 법학 교육에서 법사회학 연구자와 전공자 수가 적은 것과 관련될 것이다.¹⁷⁾

둘째, 위의 문제와 관련하여, 기존의 법사회학은 법‘사회과학’이 되기에는 접근 방법과 학제적 폭이 그리 넓지 않다. 본 리뷰 논문에서는 범경제학 분야를 제외 시키기는 하였으나, 법학과 사회과학의 접점에 서 있는 심리적, 경제적, 지리적, 인류학적 연구를 별로 발견하기 어려웠다. 이런 견지에서 법사회학의 연구주제와 쟁점들이 지금보다 더 다양해지고 다원화되어야 할 것이다.

셋째, 법사회학 분야 연구들에서 경험적인 연구 데이터가 부족한 경우가 많았다. 환언하면, 연구 대상이 되는 사회 현실 내지 법현실을 경험주의적 태도로 밝혀내기보다는 사변적 인식에 의존하는 경향이 나타났다.

넷째, 사회과학 연구에서 흔히 요청되는 공동 연구가 많지 않음을 알 수 있다.

17) 따라서 이 지적은 한계라기보다는 열악한 상황에서 면면히 이어지고 발전한 법사회학적 연구들에 대한 인정이라고도 할 수 있다.

법사회학연구의 특성상 법학자간의, 실무와 학자간의, 타분야 연구자간의 공통연구가 많이 필요함에도 주로 개인 연구자에 의해 연구가 수행되어 왔음을 알 수 있다. 이는 위에서 지적한 바, 법사회학이 법학 내지 기초법학에서 차지하는 중요성 내지 지위와 관련되어 있을 것이다.

3. 연구문제

이상과 같은 연구 의의와 한계점을 염두에 두고 앞으로 추구해야 할 연구문제들을 정리해 본다. 이 연구문제들은 이제까지 선배 학자들이 남긴 유산의 계승이라고 할 수 있다.

첫째, 서원우 교수의 “법화문제”에서 다루어진 과도한 법제화나 부족한 법제화나 문제는 커다란 울림이 있는 의제라고 생각한다. 이 질문은 법과 사회의 관계, 체계와 생활세계의 관련성, 서구와 한국과 같은 관계성을 민감하게 인식하면서도 한국사회에 적합한 법의 영역과 법의 지배에 대한 고민을 담고 있기 때문이다. 이에 대해 서 교수는 오늘날에도 경청해야 할 다음과 같은 의견을 제시한 바 있다.

“법의 고유한 논리나 자율성을 살리는 동시에 고도로 복잡하고 다양한 외부와의 응답성(應答性)을 갖추”고, “그 중심은 일방적 ‘결정’에서가 아니라 절차나 교섭, 참가, 토의와 같은 ‘과정’에 놓여진다. 그 구조도 흔들림이나 불확정성, 다양성, 분산성과 같은 것에 대응할 수 있는 유연성을 가져야 할 것이다.”

둘째, 연관하여, 이 글에서 본 것처럼 한국의 토착적 법문화, 전통을 발견하고자 하는 노력 등 한국사회와 외국법의 관계라는 문제가 부단히 연구되어 왔다. 이는 한국의 법적 정체성을 찾기 위한 노력이지만, 다른 한편 자칫 불변하는 문화론인 오리엔탈리즘(orientalism)의 위험성도 지니고 있다. 박은정 교수의 지적처럼, 지구화 시대를 맞이하는 오늘날 지역적인 문제를 지구적인 식견에서 어떻게 바라보아야 할지, 한국과 외국법의 관계성의 문제는 여전히 현재진행형의 문제이다.

셋째, 본 연구에서 다루어진 사회사적 연구에서 박병호 교수의 연구와 같은 성과가 존재함에도 불구하고 식민지 법제에 대한 연구들이 그다지 많지 않음을 알

수 있다. 식민지 유산의 문제는 실천적인 문제의식, 예컨대 한국의 사회관계, ‘전통’이나 ‘관습법’, 또는 과거청산 연구에 있어서 많이 다루어지지 않았다.¹⁸⁾ 이는 법사회학적 연구가 일반 사회학과 마찬가지로 현대사회에 주된 관심을 두고 있기 때문이겠지만, 역사학 연구들의 식민주의(colonialism)에 대한 무관심한 태도에도 연유할 것이다. 오늘날 사회사나 비판사회이론에서 식민주의 연구 및 탈식민주의(postcolonialism) 연구가 새롭게 의미가 부여되고 있다는 점에 법사회학 연구자들도 주목해야 할 것이다. 식민주의 연구는 서구 중심의 근대화론을 넘게 하는 시각이라는 점에서도 의의를 가질 것이다.

넷째, 앞서 지적하였듯이, 법사회학에서 경험주의 연구가 보다 많이 수행되고 그 결과가 적용되어야 할 것이다. 법사회학을 위한 경험조사와 함께 이미 수행된 사회과학적 연구들과 대상들에 대한 법사회학적 해석 작업도 필요할 것이다. 이를 위해서는 여러 분야의 연구자 및 실무자들과의 네트워크의 형성, 커뮤니케이션이 필수불가결할 것이다.

마지막으로, ‘살아있는 법’의 발견이라는 과제가 여전히 적실성을 가진다. 살아있는 법이란 한편으로는 실정법의 사회적·역사적 토대라는 의미를 지녔으면서도, 다른 한편, 법의 현실적 해석을 위한 구체적 생활관계에 대한 정보와 상상력을 의미한다. ‘살아있는 법’을 찾는 법사회학의 과제는 앞으로도 지속될 것이다. 다양하고 때론 모호한 현실의 사안을 수렴하여 보편적인 언어로써 법을 제정했다면, 그렇게 만들어진 법의 해석은 다양한 현실의 모습을 포용하고 상상하는 것으로 피드백이 되어야 하지 않을까. 이렇게 법사회학 연구들은 실정법의 토대와 법의 사회적 효과에 대해 눈을 돌리게 하는데, 그것의 광범위한 학문적·실용적 효과(impact)에 대해 우리 아직 충분히 알고 있지 못한 것 같다.

18) ‘관습법’ 개념에 있어서도 조선시대의 법전 등에서 유래한 관습적 규칙이라는 의미를 띄는가 하면, 식민지 시기 조사되고 법원과 각종 사법기구에 의해 결정된 관습인 법을 의미하는 경우, 혹은 두 의미가 착종된 경우 등이 있다. 따라서 관습법에 대한 역사적 분류 작업 및 관습 판단의 시각을 다루는 이론적 연구가 필요할 것이다.